



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



EXAME PRÉVIO DE EDITAL
TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 31-07-2013 – MUNICIPAL
JULGAMENTO

=====
Processos: TC-000810.989.13-7
TC-000837.989.13-6
Representantes: Guilherme Tosuihiro Takeishi e
Boníssima Comércio e Serviços Ltda.
Representado: Prefeitura Municipal de Barueri
Assunto: Exame prévio do edital do pregão presencial SUPR/Nº
041/2013, que tem por finalidade a “*contratação de empresa para fornecimento contínuo e ponto a ponto de gêneros alimentícios em geral*”.
Responsável: Gilberto Macedo Gil Arantes (Prefeito)
Subscritor do edital: Wagner José de Almeida (Secretaria de Suprimentos)
Advogado não cadastrado no e-TCESP: Aroldo Broll (OAB/SP nº 190.586);
Humberto Alexandre Foltran Fernandes (OAB/SP nº 142.502)
=====

RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **exame prévio do edital**¹ do pregão presencial SUPR/Nº 041/2013, elaborado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE BARUERI**, que tem por finalidade a “*contratação de empresa para fornecimento contínuo e ponto a ponto de gêneros alimentícios em geral*”, pelo prazo de 12 meses, prorrogável no limite da lei, no valor total estimado de R\$ 21.983.788,21².

1.2 Insurgiram-se os representantes **GUILHERME TOSUIHIRO TAKEISHI e BONÍSSIMA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, em síntese, contra:

(a) a aglutinação em lotes de produtos de natureza distinta, afastando da competição os produtores e demais interessados; a título de exemplo, o Lote 3 (Cárneos) reúne produtos crus, congelados, cozidos, assados temperados, empanados; já o Lote 1 (Estocáveis) agrupa achocolatado em pó,

¹ Com fundamento no art. 113, §2º, da Lei nº 8.666/93, cujo despacho de requisição de cópia do edital já foi referendado pelo E. Plenário, nos termos do art. 221, parágrafo único, do Regimento Interno.

² Lote 1 (Estocáveis): R\$10.345.742,53; Lote 2 (Panificados): R\$784.094,68 e Lote 3 (Cárneos): R\$10.853.951,00.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



arroz, bebida láctea, biscoitos em geral, creme vegetal, leite em pó, macarrão, margarina, polpa congelada;

(b) o fato de o item 8.4³ do edital não trazer parâmetros claros para a análise das amostras, posto que baseada em critérios subjetivos: “aparência, cor, odor, sabor, textura/consistência”.

1.3 Em **razões de defesa**, a Administração argumentou, em preliminar, não haver qualquer interesse dos representantes no deslinde do certame contra o qual ora se insurgem; o primeiro, por não residir em Barueri e, o segundo, por comercializar cestas básicas e não gêneros alimentícios, nos termos requeridos; por sinal, nem sequer retiraram o edital, como fizeram as outras 75 (setenta e cinco) empresas interessadas em participar da disputa e que não reclamaram das regras impostas.

No mérito, esclareceu que optou pela formação de lotes de produtos da mesma espécie: no Lote 1 foram agrupados alimentos estocáveis, “*de fácil armazenamento que possuem uma data determinada de acordo com a sua fabricação, sendo estes insumos facilmente encontrados e estocados em prateleiras de qualquer supermercado /distribuidora de gêneros alimentícios sem qualquer risco de perda*”; no Lote 2, os itens de panificadora e padaria e, no Lote 3, levou-se em consideração, além da similaridade dos produtos cárneos, a questão do transporte e distribuição, visto que, à luz da Portaria CVS 15, de 07.11.11, devem ser feitos por veículos apropriados (transporte fechado, isotérmico ou refrigerado), e o fato de a Prefeitura não contar com câmara fria para o seu armazenamento.

A composição dos lotes deve ser considerada juntamente com a questão da entrega dos produtos (item 12.1⁴), por ser feita ponto a ponto nas

³ 8.4. A Secretaria de Abastecimento realizará o exame de conformidade das amostras com as especificações exigidas no Anexo 1, observando-se critérios objetivos, ocasião em que será emitido o relatório de aprovação ou reprovação (Resolução/CD/FNDE nº 38 de 16/07/2009, de acordo com o critério da escala Hedônica - aprovação de no mínimo 85%), conforme quadro demonstrativo, a seguir:

Produto:		
Marca:		
Processo nº:		
Item Avaliado	C/NC*	Observações
Aparência		
Cor		
Odor		
Sabor		
Textura/consistência		



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



unidades escolares —são mais de 100 pontos de entrega— no prazo máximo de 5 (cinco) dias da solicitação da Secretaria de Abastecimento ou, semanalmente, no caso dos produtos cárneos.

A contratação individualizada de insumos, nos termos reclamados pelos representantes, encareceria o produto, na medida em que podem ser fornecidos e transportados pelo mesmo fornecedor; além do que *“teríamos várias entregas nas unidades escolares, gerando vários recebimentos de itens, em diversos horários, prejudicando, assim, os rendimentos dos servidores das escolas, pois teriam que conferir vários itens de empresas diversas em horários esparsados”*.

Já a licitação por lotes, do tipo menor preço global, considera não só a reunião de componentes de mesma natureza, como também a logística na distribuição, os aspectos de “estocabilidade” e de facilitação na gestão contratual; é opção, enfim, que se mostra técnica e economicamente a mais viável, posto que amplia a competição sem que, no entanto, acarrete perda da economia de escala. Neste sentido, há julgados neste Tribunal, a exemplo dos TCS-16208/026/06, 5854/026/08, 273/008/11, 44433/026/09, 23828/026/11.

Sobre as amostras, esclareceu que, tratando-se da aquisição de insumos para a merenda escolar, o Município se encontra subordinado aos preceitos da Resolução/CD/FNDE nº 38, de 16-07-09⁵, que reclama a sua apresentação, e cuja aceitação se dá mediante a aprovação de, no mínimo, 85% da escala Hedônica;

Assim, no edital em análise, a Secretaria de Abastecimento realizará o exame para verificação de amostras observando-se os critérios objetivos de aparência, cor, odor, sabor, textura e consistência com procedimentos metodológicos e cientificamente reconhecidos, através da preparação ou análise do alimento em si”, interpretando reações das características, não tendo assim o que se falar em critério subjetivo, ou seja, critérios baseados em opinião pessoal, pois a avaliação é clara quando determina o que será avaliado e o que levará o alimento a ser aprovado ou reprovado.

⁴ 12.1. As entregas deverão ser efetuadas ponto a ponto nas unidades escolares relacionadas no Anexo XI deste Edital, no prazo máximo de 05 (cinco dias) da solicitação e programação da Secretaria de Abastecimento, com a seguinte periodicidade: quinzenalmente para os estocáveis e semanalmente para os panificados e cárneos após prévia inspeção de qualidade dos produtos, a ser realizada por seus servidores, conforme subitem 12.2.

⁵ Art. 25 (...)

§4º A EE deverá prever em edital de licitação ou na chamada pública a apresentação de amostras para avaliação e seleção do produto a ser adquirido, as quais deverão ser submetidas a testes necessários, imediatamente após a fase de habilitação.”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Contudo, a unidade avaliadora emitirá ainda um relatório onde será demonstrado que o produto foi aprovado ou reprovado, com base na escala hedônica, ou seja, no mínimo de 85% de aprovação, sempre em relação ao número total de avaliadores que aprovará ou reprovará.

Por exemplo: uma amostra de arroz será testada por provadores, testando os atributos: aparência, cor, odor, sabor, textura\consistência. Sete aprovadores (percentual de 46,66%) julgam a amostra como "característico" e oito como 'não característico'.

Segundo a avaliação a amostra não estará apta para ser adquirida pela nutricionista responsável, pois está abaixo da aprovação de 85%, sendo assim reprovado.

Não basta introduzir alimentos nutritivos, variados e de qualidade. É condição fundamental que os alimentos sejam consumidos e aprovados para os alunos durante a permanência na unidade educacional, para isso o teste avaliará e norteará a viabilidade de introdução/manutenção do alimento no cardápio, levando à valorização de uma política adequada no Programa de Alimentação Escolar.

Corroborando a legitimidade e a importância do método adotado pela Municipalidade, socorremo-nos às orientações do "Manual Para Aplicação Dos Testes de Aceitabilidade - Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE" (doc.03), temos:

"DEFINIÇÃO - de teste de aceitabilidade

O teste de aceitabilidade, segundo o Grupo de Trabalho, é o conjunto de procedimentos metodológicos cientificamente reconhecidos, destinados a medir o índice de aceitabilidade da alimentação oferecida aos escolares.

O teste de aceitabilidade faz parte da análise sensorial de alimentos, que evoca, mede, analisa e interpreta reações das características do alimentos e materiais como são percebidas pelos órgãos da visão, olfato, paladar, tato e audição.(...)

Informou, por derradeiro, que o “teste de aceitabilidade”, costumeiramente realizado em certames direcionados à merenda escolar, já foi aceito por este Tribunal, a exemplo do decidido no TC-041799/026/08, Relator o E. CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES.

1.4 Instada a se manifestar, a **Assessoria Técnico-Jurídica** opinou pela procedência das impugnações, ao argumento de que o agrupamento de itens não compatíveis entre si fere o art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

1.5 O DD. **Ministério Público de Contas**, por sua vez, em análise minudenciada dos aspectos suscitados pelos representantes, teceu críticas tão somente à composição dos lotes, por aglutinar produtos não afins (estocáveis



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



secos, congelados e resfriados, e carnes *in natura* e processados) em licitação do tipo menor preço por lote.

A reunião de produtos que não contemplem elementos de aproximação ou semelhança revela-se restritiva da competitividade, na medida em que apenas licitantes que possam fornecer todos os itens poderão disputar o respectivo lote. Destarte, a opção pelo agrupamento, sem que tenha se desincumbido a Origem de justificar a contento sua opção, fere a isonomia e o amplo acesso ao certame, contrariando o espírito do art. 23, §1º, da Lei 8.666/93.

Os argumentos expendidos pela Municipalidade de Barueri, data venia, não constituem fundamento legítimo para as escolhas expressas no edital. Dificuldades de armazenamento, inexistência de câmara fria e outros elementos de logística não são razoáveis motivos – em face de uma contratação que imporá ao próprio fornecedor a entrega “ponto a ponto de gêneros alimentícios” – para que a composição dos lotes se faça pela reunião de itens, os quais, sob a praxe do mercado produtor e dos canais de distribuição, não guardem tendência a combinar-se.

Quanto à valoração da amostra, disse que os critérios inequivocamente marcados pelo subjetivismo —“aparência”, “cor”, “odor”, “sabor” e “textura/consistência”— encontram precisos limites nas próprias especificações indicadas no Anexo I.

Para cada um dos itens que serão adquiridos, o Anexo I do edital, sob a rubrica “descrição”, traz suas detalhadas características, percorrendo muitas vezes sobre os contestados critérios de valoração. Por exemplo, em relação ao fubá de milho pré-cozido, exige-se que seja “de cor amarelada, com aspecto, cheiro e sabor próprio, com ausência de umidade, fermentação e ranço e isento de sujidades, parasitas e larvas”. Já os bolos de chocolate (lote II, item 24) não poderão estar “mal cozidos, queimados ou embolorados”, enquanto o açúcar refinado deverá apresentar “aspecto, cor e cheiro próprio e sabor doce”.

Constata-se, portanto, que, conquanto o edital preveja critérios subjetivos de análise (aparência, cor, odor, sabor, textura e consistência), seus campos de aplicação estão circunscrito ao âmbito das descrições já elaboradas no anexo I. Ou seja, a subjetividade encontra balizas fixadas por critérios objetivos.

1.6 A D. **Secretaria-Diretoria Geral** aduziu, de início, que não devem prosperar as razões de defesa, segundo as quais não haveria interesse dos representantes em impugnar o edital, trazendo a lume, para tanto, a decisão do



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



TC-13141/026/08, Sessão Plenária de 07-05-08, Relator o E. CONSELHEIRO FULVIO JULIÃO BIAZZI⁶.

Quanto ao mérito, alertou que o critério de julgamento por lote, sua respectiva composição e valores, têm sido enfrentados de forma casuística^{7 8 9} por este Tribunal.

No caso, o objeto foi dividido em 03 (três) lotes que, no entanto, reúnem elementos de natureza distinta, comercializáveis em conjunto tão somente por grandes estabelecimentos, o que prejudica a competitividade, a exemplo do decidido nos autos dos TCs-59/989/13, 65/989/13 e 71/989/13¹⁰, Sessão Plenária de 06-02-13, Relator o E. CONSELHEIRO ROBSON MARINHO.

Sobre a exigência de amostras, registrou, de início, sua convicção de que só se justificaria quando indispensável, pois que basta para que haja um julgamento adequado das propostas, consoante consta no caso concreto, a

⁶ “O § 1º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93, que serve de base para instauração dos procedimentos da espécie no âmbito deste Tribunal de Contas faculta a qualquer, licitante, contratado, ou pessoa física ou jurídica representar sobre irregularidades em editais licitatórios de órgãos ou entidades sujeitos à nossa fiscalização, não estabelecendo a necessidade de demonstração de qualquer condição para o exercício desse direito, salvo aquelas previstas na legislação pátria para o exercício de direitos de uma forma geral, como capacidade e cidadania.

Sendo assim, tratando-se de ato editado pela Administração Pública, ao qual foi conferida a publicidade exigida por lei, têm-se com implícito o interesse de qualquer particular que, em última análise, representa o interesse público de que a licitação que é promovida transcorra com observância aos ditames legais. (...)”

⁷ TC 38240/026/08, em Sessão do E. Plenário, de 03/12/08, com relatoria do E. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga; TC-755/989/12-6 (Plenário de 15/08/12, relatado pela E. Substituta de Conselheiro Silvia Monteiro).

⁸ TC-1028/989/12-7. Tribunal Pleno, em Sessão de 26/09/12. Relator o E. Substituto de Conselheiro Antonio Carlos dos Santos.

⁹ TCs-7629/026/11 e 7802/026/11, relatados pelo E. Conselheiro Renato Martins Costa, em Sessão de 16/3/11; TC-460/989/12-2, Sessão de 23/05/12, Relator o E. Substituto de Conselheiro Antonio Carlos dos Santos; e TC 977/989/12-8, Sessão de 17/10/12, por mim relatado.

¹⁰ “Questões que considero de maior relevo, no entanto, residem no critério de julgamento eleito, nas especificações dos produtos licitados e na aglutinação, em cada lote, de produtos cujas naturezas são incompatíveis entre si.

A Prefeitura Municipal de Itápolis dividiu em lotes os produtos pretendidos o que, em tese, atenderia ao disposto no artigo 23, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Cuida-se de licitação para a aquisição de gêneros alimentícios para a merenda escolar, onde o atraso ou o descumprimento dos prazos de execução contratual pode comprometer a eficiência da gestão operacional e, por consequência, a satisfação da finalidade pública almejada.

É assente na jurisprudência deste Tribunal a aceitação do critério eleito quando presente situação da espécie, portanto, nada a opor quanto ao critério adotado.

Contudo, embora não rechaçado este critério, são pertinentes as críticas acerca da composição dos lotes, ainda que divididos entre produtos “estocáveis” e “perecíveis”, já que agrupam itens de origens distintas (industrializados, processados, in natura) e, por consequência, não afins.

Nos termos dos julgados colacionados pela i.SDG, a exemplo do TC-189.989.12-2[5], essa divisão por lotes não pode se afastar destes cuidados na aglutinação de itens afins, sob pena de restringir o universo de licitantes apenas àqueles que forneçam todos os itens indistintamente, comprometendo, desse modo, a celebração de uma contratação vantajosa por parte da Administração”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



definição clara e precisa do objeto licitado, especificações técnicas bem definidas, requisição de laudos bromatológicos, exigência de peso unitário, embalagem, rotulagem, previsão de apresentação de Licença de Funcionamento expedida pela Vigilância Sanitária, Certificado de Vistoria dos Veículos, de Inspeção Federal (S.I.F), Fichas Técnicas e dispositivos editalícios afetos ao controle de qualidade do objeto licitado.

De qualquer modo, os critérios de avaliação das amostras indicados no subitem 8.4 parecem-lhe, de fato, subjetivos, o que pode “*prejudicar a competitividade do certame e, inclusive a economicidade, já que um único produto reprovado na avaliação determinará o afastamento da licitante vitoriosa na etapa dos lances*”.

É o relatório.

VOTO

2.1 Trata-se de licitações —*Lote 1: alimentos estocáveis, Lote 2: itens de panificadora e padaria e Lote 3: produtos cárneos*— que visam ao fornecimento de gêneros alimentícios para a merenda escolar, com entrega nas unidades escolares, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, a contar da solicitação da Administração ou, semanalmente, no caso dos produtos cárneos.

Não há óbice, em tese, à aquisição de produtos por lotes, cujo(s) fornecedor(es) se encarregue(m) de distribuí-los ponto a ponto, nos termos previamente acordados.

O que se rechaça é que os lotes sejam compostos por itens de natureza distinta por restringir, injustificadamente, a ampla participação de interessados, em franco prejuízo à isonomia e ao comando do art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93.

No caso, a Administração defendeu os atos por ela praticados, afirmando ter promovido pesquisa junto ao mercado, somente após o que se decidiu pela composição dos lotes, fazendo inserir nos autos até mesmo listagem dos 75 (setenta e cinco) interessados que baixaram o arquivo eletrônico contendo o edital, a demonstrar indícios da competitividade desejada.

Mas, na esteira das manifestações unânimes, bem como da jurisprudência indicada na instrução dos autos, também considero que a definição de um maior número de lotes, compostos por produtos que guardem características mais próximas, atenderia, concomitantemente, ao interesse



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



público almejado e à competitividade necessária, reclamada pelo ordenamento jurídico. Por isso o edital deve ser retificado.

2.2 Sobre os critérios eleitos para a análise das amostras, acolho as razões do DD. MPC, segundo o qual o aparente subjetivismo estampado no subitem 8.4 do edital —“aparência”, “cor”, “odor”, “sabor” e “textura/consistência”— foi mitigado pelos limites precisos fixados nas especificações técnicas constantes do Anexo I, não havendo por que ser objeto de crítica em sede de exame prévio de edital, o que não prejudica, a toda evidência, o exame de sua aplicabilidade, em rito ordinário, após a efetiva realização da fase de classificação das propostas.

2.3 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero parcialmente procedentes as impugnações, determinando que a Administração adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, devendo também promover cuidadosa e ampla revisão de todos os demais itens relacionados.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do edital, nos termos reclamados pelo art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Concluídas as anotações de estilo, com a inserção na jurisprudência inclusive, encaminhem-se os autos ao órgão de fiscalização competente para subsidiar a instrução de eventual ajuste que venha a ser formalizado, retornando após as providências de mister.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos eletronicamente.

Sala das Sessões, 31 de julho de 2013.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO